

UMA ANÁLISE CRÍTICA AO (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Renato Tinti HERBELLA¹
Cláudio José Palma SANCHEZ²

RESUMO: Busca-se através deste trabalho tecer comentários sobre o movimento constitucionalista e suas novas vertentes. Com o passar dos anos surgiu uma nova teoria do direito, uma nova técnica interpretativa em busca de uma maior eficácia e aplicabilidade da constituição, dando ensejo ao neoconstitucionalismo. No entanto, ainda hoje a análise desse instituto se mostra complexa e repleta de divergências. Visando uma explanação sobre o tema, seus diversos conceitos, críticas e os reflexos no ordenamento jurídico pátrio, far-se-á uma análise comparada do neoconstitucionalismo com o constitucionalismo, bem como, comentários a respeito dos problemas que surgem com esse novo paradigma.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Expansão constitucional. Ativismo judicial. Judicialização da política. Panprincipiologismo.

1 INTRODUÇÃO

Inobstante a crescente expansão científica de artigos jurídicos acerca do que seria o neoconstitucionalismo, ainda temos grande dificuldade de entender o instituto.

Com as recentes transformações da ciência do direito, principalmente relacionados a Teoria Jurídica ou até mesmo a aplicabilidade do direito, o neoconstitucionalismo ainda se mostra um tema muito controvertido.

Surgem diversas dúvidas, inclusive de ordem semântica, que circundam o tema, gerando uma grande confusão nas obras doutrinárias e nos ensinamentos acadêmicos sobre essa "nova" vertente do direito constitucional.

Cabe salientar, que essa vertente não é nova e as dúvidas que dela surgem não persistem apenas no âmbito constitucional, pois, há uma verdadeira explosão de teorias apresentadas como a solução dos problemas jurídicos (*sic*), como o *neoprocessualismo*, *novo* direito civil, *neo...* e diversos novos institutos que

¹ Discente do 8º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail: renato.herbella@gmail.com

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Mestre em Teoria do Direito pela Univem. e-mail: palma@unitoledo.br

apesar de cheio de boas intenções acabam por complicar ainda mais o estudo da já complexa ciência jurídica.

Há uma grande celeuma. Surgem questões que precisam ser solucionadas, como por exemplo: Seria o neoconstitucionalismo uma superação do constitucionalismo? (Isso é possível?) Seria uma nova maneira de interpretação? Seria uma superação do positivismo exegético? Ou talvez um novo momento histórico que justificasse a utilização do prefixo *neo*?

Com a problemática assim proposta, buscando resolver tais dilemas, o presente trabalho visa tecer diversos comentários e apresentar possíveis soluções para uma diferença entre o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo, e até mesmo desconstruir o idealizado em parte da doutrina que diz haver uma "diferença" entre os institutos. Porém, para nós não aparenta ser possível a comparação entre eles.

Decorrente dessa análise, observaremos a problemática criada com o neoconstitucionalismo, algumas de suas subdivisões e alguns de seus diversos conceitos, já que o tema parece estar presente em diversas vertentes do direito, não se limitando a uma matéria, conforme explanaremos.

Como método científico utilizaremos o dedutivo-indutivo, visando debater o tema através de levantamentos particulares alcançando conclusões gerais, bem como, através de teses e antíteses procurar por sínteses, ou seja, sempre buscaremos fazer uma análise construtiva sobre o tema proposto.

Insta salientar que a amplitude do instituto e a discussão sobre o tema é complexa e seria praticamente impossível o total esgotamento da matéria. Mas, almejamos que o leitor compreenda o raciocínio proposto e se motive para novas pesquisas sobre este intrigante tema.

2 CONSTITUCIONALISMO

Para melhor compreensão, não parece lógico tratar do neoconstitucionalismo sem antes analisar o constitucionalismo, principalmente com seu conceito histórico.

Para o professor português J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 51), não existe apenas um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo francês, o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano), preferindo chamar de movimentos constitucionais, e define constitucionalismo como:

"Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo."

Já para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 26) o constitucionalismo apresenta dois sentidos:

"A expressão *constitucionalismo*, ao que se nos afigura, incorpora dois sentidos essenciais. Primeiro, o de movimento, o de organização de pessoas em torno de um ideal, de um objetivo. Segundo, o de Constituição. Parece-nos que é isso, constitucionalismo é movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de duas deliberações."

Buscando a completude do conceito, André Ramos Tavares (2002, pag. 1) classifica o constitucionalismo em quatro sentidos:

"... numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades.

Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado." (p.1)

Conclui-se ser o constitucionalismo, assim como a ciência do direito, um fenômeno complexo que abrange diversas vertentes das ciências sociais, tendo ligações filosóficas, sociológicas, jurídicas, políticas e históricas.

Trata-se então de um fenômeno que carrega um juízo de valor, sentido axiológico, de uma determinada comunidade, aspecto sociológico, em certo período da história.

Através do seu instrumento essencial, a Constituição, busca-se a limitação do poder Estatal, afastando-se a ideia autoritária do Antigo Regime, e elenca determinados bens jurídicos como fundamentais visando garantir aos cidadãos afetados por esse movimento um Estado ideal do ser, um dever ser, através de um Estado Democrático.

Assim como leciona o magistrado Fernando Luiz Vieira (2013, p. 128) sobre o nascedouro e as características do principal instrumento do constitucionalismo, a Constituição:

"A ideia de Constituição nasce no triunfar das revoluções americana e francesa. O objetivo primordial de uma carta de direitos, neste período, é o de limitar os poderes do Estado, que, antes, eram absolutos, tendo por figura o monarca, que estava acima de qualquer regulamentação (*legibus absoluto*)."

No entanto, postergando algumas críticas para momento oportuno, vemos o constitucionalismo principalmente como um movimento histórico, sendo o seu principal instrumento, a Constituição, a lei maior, dotada de eficácia e aplicabilidade, onde nasce a hermenêutica constitucional que desagua no neoconstitucionalismo.

Contudo, não parece haver relação direta, imediata, de movimento constitucional (constitucionalismo) e hermenêutica constitucional, mas sim uma relação mediata, pois esta última é decorrente da interpretação do instrumento do constitucionalismo, a Constituição, e não um movimento histórico-político como o constitucionalismo.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO

Superada a brevíssima análise do constitucionalismo, após afirmarmos seu principal aspecto como um movimento histórico, político, sociológico, é imprescindível mostrar sua diferença com o neoconstitucionalismo, instituto que abrange incontáveis significados e que gera uma grande confusão na ciência jurídica.

3.1 O que é neoconstitucionalismo?

Primeiramente cumpre esclarecer que, como superficialmente mencionado, não aceitamos a ideia de neoconstitucionalismo como superação do constitucionalismo, divergindo inclusive quanto a questão semântica da palavra que nos parece estar equivocada.

Se o constitucionalismo se refere a movimento histórico, político e sociológico, idealizado desde a época de Platão com a *lex fundamentalis* (MACIEL, 2006), ao utilizarmos o prefixo *neo*, passamos a ideia de superação desse movimento, surgindo um novo movimento, uma nova era histórica, ou até mesmo uma nova ideologia, quando ao nosso ver, o constitucionalismo não parece ter sido superado.

O Estado continua se fundando em uma Constituição, que limita seus poderes e busca um estado ideal a ser alcançado pelos cidadãos por ela afetados.

Contudo, a forma de alcance desse ideal mudou, sobretudo com a busca da eficácia da Constituição ante a expectativa de concretização dos direitos fundamentais, e não somente como organização estatal e freios impostos ao Estado.

Portanto, pelo fato de não haver uma superação do constitucionalismo, o uso do prefixo *neo* não nos parece lógico.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, para Luigi Ferrajoli (2012, pag. 17) essa expressão também se mostra ambígua e evitada de equívocos, pois quando nos referimos a *constitucionalismo*, tratamos de um termo político, e não jurídico, pois o constitucionalismo do século XX dada suas peculiaridades históricas,

buscava impor limites aos poderes do Estado, como leciona o professor Canotilho, *visando um governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social*³.

Continuando, Ferrajoli afirma que essa ideologia constitucionalista está intimamente ligada a noção de Estado Liberal de Direito e da superação do positivismo, cujas raízes iam de encontro a um ideal jusnaturalista.

Então, para o jurista italiano a expressão *constitucionalismo* não encontra simetria direta com o mundo jurídico, mas sim com o universo político, sendo impossível compará-lo com o positivismo jurídico, sobretudo o exegético, que o neoconstitucionalismo tenta "superar".

Assim, nesse contexto que Ferrajoli elucida maneiras de se conceber esse novo paradigma, analisando simetricamente dois institutos que seriam subdivisões do *constitucionalismo jurídico*, propondo a existência do *constitucionalismo argumentativo*, derivado da teoria argumentativa Alexyana, que visa superar o positivismo exegético, e o *constitucionalismo garantista*, que busca a reformulação do positivismo.

Porém, o instituto em análise, obviamente não é um conceito fechado, tampouco um único fenômeno que poderia ser rotulado com essa simples nomenclatura.

Quanto a expressão, conforme leciona André Karam Trindade (2013), surgiu no final da década de 1990, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, com os jusfilósofos de Genova: Susana Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis.

A jurista italiana Susana Pozzolo afirma que:

“Embora seja certo que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional possa encontrar partidários em diversas dessas disciplinas, no âmbito da Filosofia do Direito ela vem defendida, de modo especial, por um grupo de jusfilósofos que compartilham um modo singular de conceber o Direito. Chamei tal corrente de pensamento de neoconstitucionalismo. Refiro-me, particularmente, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e, em parte, Carlos Santiago Nino”.

³ CANOTILHO, cit., p. 51

Tal tema teve como um marco importante na evolução da discussão, principalmente no Brasil, com a chegada da coletânea jurídica elaborada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell.

Vale ressaltar, que essa expressão não é utilizada nas discussões constitucionais norte-americanas, tampouco na Alemanha, mas tomou proporções enormes na Itália e Espanha, alcançando posteriormente a América Latina, principalmente o Brasil.

Nesse contexto, inobstante o interesse pelos estudos do tema, ainda se mostra impossível uma simples conceituação, havendo incontáveis divergências sobre a expressão e o significado que ela acarreta, inclusive como supramencionado, a utilização do prefixo *neo*.

Um ponto relevante que aclara essa ideia é o fato de autores tradicionalmente vistos com neoconstitucionalista não assumirem essa posição ou adotarem essa expressão. Um exemplo claro disso se dá com o Lênio Luiz Streck⁴, onde num primeiro momento apoiou a tese neoconstitucionalista, porém noutro momento a adotou com ressalvas e posteriormente a abandonou definitivamente.

Desta forma, mostra-se praticamente impossível definir neoconstitucionalismo, sendo mais sensata a posição adotada por Prieto Sanchís⁵, onde afirma que não existe uma única corrente de pensamento, mas uma série de ideias que apontariam para uma nova formação da cultura jurídica, abrangendo diversos ramos do direito.

A expressão vem sendo utilizada como explicativa para as transformações ocorridas após a segunda grande guerra que mudaram radicalmente o mundo jurídico, e conforme adverte Miguel Carbonell (2007, p. 9-11) a análise da expressão se desdobra em três planos:

"El neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas

⁴ Tal afirmativa pode ser constatada através da nota de rodapé inserida por Lênio Luiz Streck no segundo capítulo do livro: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 62.

⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *"Neoconstitucionalismo y ponderación judicial"*, in Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*... p. 123-158.

<materiales> o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos"

Neste primeiro plano, vemos que os textos constitucionais promulgados após a segunda grande guerra, incorporaram normas substanciais condicionadoras da atuação do Estado na realização dos seus objetivos.

Quanto ao segundo plano se mostra pelas práticas judiciais assumidas pelos tribunais e cortes constitucionais com nova hermenêutica dos princípios constitucionais, como vemos no seguinte trecho:

"Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la Drittwirkung), el principio pro personae, etcétera. Además, los jueces tienen que ver con la dificultad de trabajar con <valores> que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, datándolos de esa manera de contenidos normativos concretos."

Fica claro o grande problema hermenêutico que surge decorrente do neoconstitucionalismo, a dificuldade que os juízes e tribunais encontram ao trabalhar com princípios constitucionais nos casos concretos e de justificá-los com a devida carga normativa que eles contêm.

Por fim, segundo o doutrinador mexicano, num terceiro plano de análise do neoconstitucionalismo decorre da criação de um aporte teórico não só para compreender e explicar esse fenômeno, mas também para criá-lo.

"Um tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente substantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada en ocasiones solamente a explicar um fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo."

Outra definição, porém com a mesma linha de raciocínio pode ser atribuída a Max Möller (2011, p. 23) que, com maestria, define neoconstitucionalismo da seguinte forma:

“Enquanto o neoconstitucionalismo pode significar um movimento ideológico nascido no âmbito jurídico, que propõe alguns câmbios de atitude na aplicação das normas constitucionais e de alteração do papel dos juízes na formação do direito; também pode ser encontrado o uso do mesmo termo para designar uma concepção jurídica que se propõe como uma nova teoria do direito, capaz de suceder ao positivismo jurídico.”

Em suma, talvez a melhor definição encontrada na presente pesquisa sobre o neoconstitucionalismo, deve ser atribuída ao Professor Luis Roberto Barroso (2006, p. 9), que assim define:

"o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito."

Enfim, essas são as marcas do neoconstitucionalismo, sendo imprescindível doravante a análise de fatores históricos, bem como as consequências que surgem desse instituto.

3.2 Fatores históricos ensejadores do neoconstitucionalismo

Após o exposto, como todo objeto de estudo das ciências sociais, é essencial mencionar ao menos brevemente os fatores históricos ensejadores do neoconstitucionalismo.

Basicamente este fenômeno teve como nascedouro o continente europeu, após os eventos ocorridos na Europa Ocidental, principalmente com a segunda grande guerra.

Antes da Segunda Guerra, as constituições eram vistas principalmente como cartas de intenções, não tendo normatividade ampla, servindo basicamente como programas políticos norteadores do parlamento, não podendo ser utilizadas pelo Poder Judiciário.

Na metade do século XX, após a segunda grande guerra, houve a aproximação de ideais democráticos e constitucionalismo surgindo o Estado Democrático de Direito, que acabou por redefinir o lugar da constituição e sua influência sobre as instituições contemporâneas.

A principal referência no desenvolvimento desse novo Direito Constitucional, explica Barroso (2006, p. 2):

"foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí, teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.⁶"

No Brasil, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

⁶ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de "Lei Fundamental", que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

Tal fenômeno só tem sentido se discutir quando há uma constituição normativa, democrática e um efetivo controle de constitucionalidade, por isso esse acontecimento fica mais nítido após a promulgação da constituição cidadã.

É cediço o entendimento de que nossa história constitucional não é democrática, pois se analisarmos apenas o período repúblicano, encontraremos períodos golpistas e ditaduras, permeados por suspiros democráticos, não existindo constituição normativa e com isso um fraco controle de constitucionalidade.

Portanto, a Constituição de 1988 se tornou um marco histórico onde houve a transição de regimes autoritários para um Estado Democrático de Direito.

Como leciona André Ramos Tavares (2013, p. 112-113):

"Em conclusão, muitas e profundas foram as inovações introduzidas pela Constituição de 1988. Houve, a partir dela, uma verdadeira "revolução" no Direito brasileiro, que, por meio de suas instituições, teve de se adaptar ao novo cenário constitucional, reformulando conceitos, substituindo institutos e implementando o novo regime constitucional."

O neoconstitucionalismo surge basicamente nesse contexto, com o ideal democrático e efetivação das garantias fundamentais.

No entanto, seria ingênuo pensarmos que esse instituto encontra-se em perfeita harmonia e não é passível de críticas.

Muito pelo contrário, dele resultam as mais diversas críticas com todas as complexidades e amplitudes, sendo necessária uma apreciação de algumas de suas consequências.

3.3 Algumas consequências do neoconstitucionalismo

Diversas são as críticas que esse instituto sofre, principalmente por sua amplitude, já que ele esbarra em conteúdos filosóficos, hermenêuticos, jurídicos e políticos.

No entanto, nos limitaremos a elencar apenas algumas dessas objeções tais como: a) protagonismo judicial, com reflexos em hermenêutica e

interferência nos outros poderes; b) perda da hegemonia da lei como fonte de direito, aplicação direta da constituição, prevalência de princípios, panprincipiologismo; c) constitucionalização de todos os espaços da vida.

Como ressaltado as constituições do pós-guerra não eram mais apenas cartas com intenções, deixando tudo a cargo do poder legiferante, mas, sim textos com normas de grandes teores axiológicos, ou seja, alto cunho valorativo, havendo inclusive uma expansão do próprio ordenamento constitucional.

Após o período liberal, vários dispositivos constitucionais tinham sua eficácia muito reduzida, e não eram utilizados por causa da falácia de que dependiam de regulamentação futura. No entanto, para garantir sua aplicabilidade passaram a sofrer interpretações.

Estes dispositivos genéricos não eram cumpridos pelos regimes ditatoriais, portanto as garantias como os direitos sociais da saúde, educação, cultura, alimentos, etecetera, que o Estado se propunha a cumprir, eram apenas textos escritos, já que ausente a regulamentação eles supostamente não tinham aplicabilidade, sendo ineficazes.

Nesse instante há uma grande mudança no conceber do direito, inclusive sendo pertinente uma crítica à nomenclatura 'Carta Magna', pois como as constituições deixaram de ser apenas uma norma que principalmente limitava os poderes do Estado, ou apenas uma carta de intenções, ou um guia que norteava o legislador, passaram a ser constituições dotadas de um forte grau de interpretabilidade feita pelo Poder Judiciário, afetando o ordenamento jurídico como um todo.

Isso ocorreu principalmente pela necessidade de superação de um Estado liberal-individualista, ou formal-burguês, pois a antiga característica liberal transmitida pela máxima "*laissez faire, laissez passer*", mostrava-se inadequada à solução de todos os problemas sociais.

Neste íterim, ocorreu um verdadeiro mergulho em princípios que tratavam dos direitos fundamentais sociais, princípios estes que por diversas vezes são equivocadamente interpretados pelo órgão judicante.

Portanto, ao mencionarmos "Carta Magna" para definirmos as constituições atuais, cometeríamos um erro, ao menos técnico, pois hodiernamente as constituições são normas muito mais complexas do que uma carta de intenções ou apenas um limitador para o poder Estatal.

Como as constituições passaram a conter normas com uma indeterminação semântica maior, sendo elas recheadas de princípios, o Poder Judiciário, no anseio de distribuir justiça e aplicar a constituição nos casos concretos, acabou criando determinadas técnicas de hermenêutica constitucional, como por exemplo, a utilização da ponderação e proporcionalidade.

Porém, apesar de boas as intenções dos juízes e tribunais, essa proporcionalidade aplicada no caso concreto levou a uma crise jurídica, gerando uma insegurança nas decisões, pois se tornou possível que cada juiz julgasse completamente diferentes casos aparentemente iguais, e justificassem suas decisões com fundamentos amplos e vagos.

Visando legitimar essas decisões, surgiram as teorias da argumentação jurídica, incorporando ao direito considerações de natureza moral, que eram de certa forma combatida pelo positivismo clássico, ou seja, nesse contexto o neoconstitucionalismo, se demonstrava como uma superação do positivismo clássico, exegético.

Neste momento, conforme as constituições atuais se tornavam verdadeiros postulados axiológicos, havia uma efetiva penetração da moral na ciência jurídica, demonstrando realmente ser uma "saída" para os problemas que o positivismo clássico não conseguia superar.

Houve uma enorme expansão do Poder Judiciário, onde questões que antigamente eram decididas ou solucionadas de formas mais concretas com base em preceitos legislativos, passaram a ser decididas por magistrados mais atuantes de forma um pouco abstrata, fugindo inclusive da lógica inerente a esse poder, a inércia, surgindo fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política.

Ressalta-se que ativismo e judicialização da política são fenômenos distintos, podendo haver uma relação de implicação, ou seja, onde existe judicialização pode existir ativismo. Porém, não há uma necessária conexão entre eles.

A judicialização é um fenômeno inerente a questões sociológicas e políticas que o Poder Judiciário não tem controle algum sobre elas.

Como bem ressaltado por Rafael Tomaz de Oliveira (2012):

"Ora, a judicialização da política representa um conjunto de coisas sob as quais o Judiciário, simplesmente, não possui. São fatores preexistentes em

relação à sua atividade e atuação. São, na verdade, razões de ordem político-sociais que podem ser pensadas de diversas maneiras. A aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se, por exemplo, ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, nos mais diversos países, das mais diversas origens."

Este fenômeno decorre basicamente de dois fatores, o primeiro seria um imaginário comum que vê no poder judicante um órgão do Estado menos susceptível a corrupção ou jogadas políticas, se comparado com o Poder Executivo ou o Legislativo. Já o segundo fator resulta da expansão do texto constitucional na efetivação de mais direitos, ou seja, na medida em que existem mais direitos, como consequência lógica aumenta-se consideravelmente o número de demandas⁷.

Já o ativismo por sua vez é algo necessariamente ligado ao Judiciário, mais especificamente é um problema decorrente da interpretação do direito constitucional, um problema hermenêutico.

O ativismo está ligado a um ato de vontade do órgão judicante em estabelecer algum tipo de transformação social, uma alteração dos contextos políticos-sociais.

Isso gera um grande problema inclusive com reflexos antidemocráticos, pois surge uma grande interferência do Poder Judiciário nos outros poderes, já que ele estaria exercendo uma função inerente ao Poder Legislativo ao "criar novas leis".

Decorrente disso, o neoconstitucionalismo é altamente criticado pela crescente expansão do Poder Judiciário frente aos outros Poderes, havendo inclusive um questionamento antidemocrático, dada a liberdade extrema conferida a esse poder.

Além disso, há a interessante e perigosa preferência por princípios, gerando um Estado Principiológico ou o panprincipiologismo⁸, onde as regras perderam, de certa forma, seu valor e os princípios se tornaram normas justificadoras para qualquer problema.

O neoconstitucionalismo, principalmente no cenário jurídico brasileiro, um país de modernidade tardia, deve ser encarado com grande ressalva, dada suas

⁷ Para aprofundar no tema Lenio Streck - Verdade e Consenso. Aumento da dimensão hermenêutica.

⁸ Dominação dada por Lenio Luiz Streck.

peculiaridades, em especial essa preferência exagerada por princípios e ponderação em detrimento de regras.

Essa ideia foge do caráter regulatório que prevalece na Constituição brasileira de 1988, pois, ao contrário do sustentam muitos doutrinadores que escrevem sobre o neoconstitucionalismo que afirmam ser a Constituição de 1988 principiológica, ao analisarmos o aspecto quantitativo ela apresenta muito mais regras do que princípios, e quanto ao aspecto qualitativo, é irrelevante mencionar, pois entendemos não haver hierarquia entre regras e princípios, já que cada norma exerce uma função autônoma.

Por fim, mas não esgotando as críticas, outro fenômeno decorrente desse paradigma seria a constitucionalização de todos os meios do direito, inclusive da vida privada.

Quanto a esse problema, obviamente que a aplicação da constituição para efetivar direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos é bem vinda.

No entanto, da forma como tem sido feita, acabamos por banalizar essa aplicação.

Evidentemente que com a constitucionalização há um reflexo lógico no problema da abertura semântica dos princípios, já que com a aplicação dos direitos fundamentais em decisões emanadas pelo poder judiciário, órgão estatal que dá a última palavra sobre a interpretação dessas normas, voltaríamos ao problema já explanado sobre o ativismo decisionista e a judicialização da política.

Atentando à excessiva vinculação da constituição nas relações privadas, é possível chegar a absurdos extremos, como ressalta Daniel Sarmento (2012) em seu brilhante artigo:

"[...] o reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição suscita um risco que não pode ser ignorado: o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamentos e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento da sua liberdade existencial. Para dar um exemplo bem tosco, seria terrível se o Direito, em nome do princípio da solidariedade social, pudesse impor às pessoas que demonstrassem afetos e sentimentos que elas não possuem genuinamente. Ou se, em nome da isonomia, pretendesse interferir nas escolhas subjetivas e emocionais que os indivíduos fazem nas suas vidas privadas. A constitucionalização, neste sentido, poderia converter-se num pretexto para

o exercício de um paternalismo anti-liberal, em que as pessoas seriam forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forjadas a partir de pautas de ação “politicamente corretas”, com apoio na Constituição.

O exemplo dado pelo doutrinador é definido por ele mesmo como tosco, no entanto, ao analisarmos recentes julgados vemos que não parece um exemplo tão fora da realidade.

Afinal, exemplificando, sem adentrar no mérito da questão, alguns tribunais superiores já decidiram inúmeras vezes sobre a responsabilidade civil com o dever de indenizar em casos de abandono afetivo, que apesar de vozes contrárias e posicionamentos românticos, não passa de uma constitucionalização de valores morais presentes na constituição impostos aos cidadãos por ela afetados.

Visando legitimar a constitucionalização do direito argumenta Sarmento (2012):

"Pode-se reconhecer a legitimidade da constitucionalização do Direito, mas numa medida em que não sacrifique em excesso à liberdade de conformação que, numa democracia, deve caber ao legislador para realizar opções políticas em nome do povo. Pode-se, da mesma forma, afirmar a incidência direta da Constituição nas relações privadas, mas sem invadir a esfera das opções existenciais da pessoa – que, de resto, é protegida pela própria Constituição das ingerências perfeccionistas do Estado e da sociedade."

Por fim, como ressaltado, vemos que a constitucionalização do direito possui ideal excelente e cheio de boas intenções, mas, justificar essa constitucionalização sem uma limitação que a própria constituição prevê, não parece ser racional.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, vimos que o neoconstitucionalismo é um fenômeno complexo demais para considerarmos ele como a solução de problemas ou mesmo o grande vilão da ciência jurídica.

A comparação entre o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo nos mostra ser impossível, pois não houve uma superação do movimento constitucionalista, já que ainda não conseguimos pensar em outra forma de organização político-jurídica.

No fundo, este fenômeno deixa claro a aproximação dos sistemas *comom law* e *civil law* que praticamente se integram, criando um direito constitucional contemporâneo com características específicas, dentre elas o protagonismo judicial e a nova hermenêutica constitucional.

Acreditamos que toda mudança no conceber do direito é bem vinda, pois reformula antigos paradigmas que não mais se justificam.

No entanto, devemos encarar o neoconstitucionalismo com ressalvas, como por exemplo, não supervalorizando os princípios e descartando a importância das regras, devemos racionalizar seu uso.

Precisamos revisitar o sistema de mútuo controle entre os poderes de forma harmônica, evitando uma ditadura do judiciário.

Por fim, que exista uma ligação do Direito, da constituição, com ideais de justiça e moralidade crítica, sem divagações metafísicas elencadas pelo jusnaturalismo.

Certamente que uma visão equilibrada é o que se busca e o neoconstitucionalismo talvez tenha dado o pontapé inicial para um aperfeiçoamento da Teoria do Direito e uma melhoria para o alcance do Estado democrático de Direito ideal.

Contudo, em países como o Brasil onde o mínimo existencial ainda é algo distante, teorias radicais neoconstitucionalistas não se conciliam com exigências basilares do Estado como a segurança jurídica, a liberdade e a democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. - 16. ed. rev. e atual. - São Paulo: Verbatim, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência"**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/Rede.asp>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Conjur - Consultor Jurídico. 26 abr. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil>. Acesso em: 10 abr. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. - 6. ed. Coimbra - Portugal: Almedina, 2002.

CARBONEL, Miguel. (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. - Madrid - Espanha: Trotta, 2003.

_____. (org.) **Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. - Madrid - Espanha: Trotta, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. - 16 ed. rev., atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (org.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O caso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. in: Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 172, out/dez. 2006.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

REIS, Alexandre Cebrian Araujo (2012). **Direito Processual Peal Esquematizado**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Daniel Sarmento. 03 set. 2012. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas** - 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. - São Paulo : Saraiva, 2002.

TRINDADE, André Karam. **Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo**. Conjur - Consultor Jurídico. 19 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-imprecisao-expressao-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 13 mar. 2013.